



判例研究 金商法192条に基づいて金商法違反行為の差止めが命じられた事例 [東京地裁平成22.11.26決定]

著者	戸村 良雄
雑誌名	筑波法政
巻	53
ページ	171-183
発行年	2012-09-28
URL	http://hdl.handle.net/2241/00156184

金商法192条に基づいて 金商法違反行為の差止めが命じられた事例 (東京地決平成22年11月26日判時2104号130頁)

戸村 良雄

I 事案の概要

本件は、投資被害という形で社会問題化していた無登録業者による未公開株の販売について、無登録業者の勧誘行為および未公開企業の無届募集に対し、証券取引等監視委員会（以下「証券監視委」という）が裁判所へ当該行為の差止め命令を申立てた事案である。

Y₁社（株式会社大経¹）ならびにその代表取締役 Y₂および取締役 Y₃（以下「Y₁社ら」という）は、金融商品取引法（以下「金商法」という）29条所定の登録²を受けないまま、一般投資者に対し、平成22年2月から同年6月までの間、未公開企業 A 社（株式会社生物化学研究所）の株式等³の取得につき勧誘行為を行った。また、Y₁社は A 社の株式等の勧誘を行う以前にも設立以来数年にわたり、他の未公開企業 4 社の株式についても、勧誘を繰返してきた。このため、金商法上の登録業務を行う関東財務局は、投資者の苦情等を受けて、Y₁社に対して無登録勧誘行為を取りやめるように警告書⁴を発出したものの、Y₁社は当該勧誘行為を続けた。この勧誘

1 平成15年7月17日設立の有価証券の投資、売買、運用及び保有を目的とする株式会社。平成21年5月にその目的を金融商品取引業等に変更し、平成22年6月にその目的を企業の育成・支援に関するコンサルタント業務等に変更した。

2 第一種金融商品取引業（金商法28条1項1号）。有価証券の売買、またはその代理、媒介、取次ほかを業として行う者。

3 株式のほかに新株予約権を含む。

4 この警告書の発出は金商法等の法令で定められたものではなく、金融庁の「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」（<http://www.fsa.go.jp/common/law/guide/kinyushohin.pdf>）に基づいて行われているものである。この警告書が発出するという手法は、実務上一定の抑止効果はあると認められるものの、営業の自由を制限する内容（金融商品取引業に該当する行為を取止めるよう警告）を含んでいることから、警告書の発出につき法令で定めその内容および基準を明確にしておく必要があると考える。

行為により A 社未公開株式を取得した一般投資家は延べ112名に上り、これら一般投資家が払込んだ出資総額は1億円弱に及ぶとともに、この勧誘により Y₁社が得た手数料は3000万円強に達していた。

このため、証券監視委は、Y₁社らは金商法29条に違反して同条所定の登録を受けずに株式等の勧誘を業として行っているとして、同法192条1項に基づき、未公開株勧誘行為の禁止を Y₁社らに命じるよう裁判所に申し立てた。

なお、本件においては、A 社は有価証券届出書を提出せずに Y₁社らと A 社株式に係る斡旋、勧誘の契約を結んでいたために、金商法4条1項に違反する無届募集を行っていたことになり、これについても証券監視委が甲府地裁⁵に緊急差止命令の申立を行い、平成22年12月15日差止命令が発せられた⁶。金商法上の企業内容開示制度からみると、無届募集の緊急差止命令ということで、この事案もまた大きな意義を有すると思われる。

II 決定要旨

「Y₁社らは、金商法29条所定の登録（ただし、第一種金融商品取引業を行う者としての登録）を受けずに、有価証券の募集又は私募の取扱いを業として行ったというべきであるから、同条に違反する無登録業を行う者に該当することは明らかである。」

「Y₁社らが自認している4社の株式（既に発行された株式又は新たに発行された株式）についての勧誘行為は、有価証券の売買の媒介又は募集若しくは私募の取扱い（金商法2条8項2号、9号）のいずれかに該当するものと認められる。また、Y₁社らは同法29条所定の登録（ただし、第一種金融商品取引業を行う者としての登録）を受けずに、業として、A社の株式等につき勧誘行為（募集又は私募の取扱い）を継続し、関東財務局からの警告を受けた後も同様の行為を続けていたことが認められる。

これらの諸事情にかんがみると、Y₁社らは、同法29条所定の登録（ただし、第一種金融商品取引業を行う者としての登録）その他同法所定の適式の登録を受けず

5 A 社本店所在地を管轄する裁判所。

6 事件番号 平成22年（ヒ）第12号。

証券監視委発表。（http://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2010/2010/20101126-2.htm（192条申立））
http://www.fsa.go.jp/sesc/news/c_2010/2010/20101216-1.htm（裁判所の命令）

に、業として、株式等の売買、売買の媒介若しくは代理又は募集若しくは私募の取扱いを「行おうとする者」に該当するというべきである。」

「Y₁社らは、関東財務局から、無登録業を取り止めるよう警告を受けた後も、無登録業を継続しているところ、Y₁社らが金融商品取引業者ではないため、行政処分により無登録業の禁止等を求める措置を講じることはできないから（金商法51条、52条等参照）、裁判所の命令により Y₁社らの無登録業を差し止める以外に十分な手段が存在しない。」

「Y₁社らの違法な勧誘行為を受けて A 社の株式等を取得した一般投資家は、延べ200名余りに上り、これら一般投資家が払込みをした出資金総額は1億円弱にも及んでおり、無登録業により Y₁社が得た手数料等は3000万円強に達している。

これらの諸事情にかんがみると、公益及び投資者保護の観点から、Y₁社らの無登録業を差し止めることが必要かつ適当であるというべきである。」

Ⅲ 検討

決定の結論には賛成であるものの、その判断に至る過程には問題点があると思われる。

1. 本決定の意義

本決定は、金商法192条に基づく緊急差止命令を裁判所が発した最初の事例であり、今後の制度運用の道筋をつけたもので、実務上きわめて重要である⁷。この背景には、近時、無登録業者による未公開株の勧誘・販売により投資者が被害を受ける事例が多発し、それが社会問題化していることがあり、行政当局の対応は一定の評価ができるものである。

しかしながら、一方において、金商法192条は同法の前身である証券取引法の制定当初（昭和23年）から192条として規定されていたにもかかわらず、60年以上にわたってそれが適用されたことはなく、同種事案の解決は一手に警察が担っていたことを考えると、遅きに失した感がなくはない。とりわけ、相当以前から本事案のような無登録業者による未公開株の勧誘行為が発生し、その間多くの投資者が事前の救済を受けることができなかったのではないかと思われ、行政当局が法に定めら

⁷ 大塚和成「金融商品取引法192条1項に基づく差止命令」銀行法務21第729号54頁（2011）。

れた裁判所の機能を利用することにいかに時間を要したかと思わざるを得ない。

2. 緊急差止命令の意義と背景

緊急差止命令は、英米法におけるインジャンクション（injunction）の制度になったものである。この制度は、公益および投資者保護の観点から、金商法に違反する行為があった場合、刑事罰や行政処分など事後的な対応⁸だけでなく、事前に違反行為を防止し、すでに違反行為があった場合にはそれを差し止めることができるよう、行政機関の申立に基づき裁判所がとる緊急の救済方法として認められたものである⁹。

本決定の背景としては、本事案が発生する以前から、無登録業者が行う未公開株の販売・勧誘により投資者が被害を受ける事例に対応する必要性があったとされる¹⁰。また、このほかにも緊急差止命令を実際に活用するための制度基盤の見直しとして、日常的に証券取引を監視している証券監視委が差止めの申立てとその前提となる調査（金商法187条）を行うことができるようになった（金商法194条の7第4項）。さらに、平成22年の金商法改正では、緊急差止命令の違反に対する両罰規定が設けられ、法人に対する罰金額も3億円以下に引き上げられた（金商法207条1項3号）。これらの改正により緊急差止命令はより使いやすい制度になり、違反に対する罰則の点でも実効性が高められたと評価されている¹¹。

3. 緊急差止命令の要件

緊急差止命令が発せられるためには三つの要件があると解される。第一は、差止命令の対象行為が金商法に違反していること、すなわち金商法違反行為の該当性で

8 行政処分には事後的なもののほかに、事前対応のものもある。本事案ではその事前対応の行政処分（行為）を行わなかったことが問題であると思われるが、そのことについてⅢ5（1）で後述する。

9 萩原秀紀「緊急差止命令（金商法192条1項）の活用」商事法務1923号20頁（2011）。

10 2010年3月閣議決定の消費者基本計画（施策番号62）に「無登録業者による未公開株の販売やファンド業者による資金の流用等の詐欺的な事案が見られるところ、金商法違反行為を行う者に対する裁判所への差止命令の実効性を確保するため、罰則規定の整備を盛り込んだ法案を国会に提出し、同法案の成立・施行後は、差止命令の申立て制度の活用に向け関係者間で検討を進める」とされ、金商法192条の活用は政府としての課題となっていた。http://www.cao.go.jp/consumer/doc/100625_shiryoul.pdf 高邑聡「無登録業者等に関する金商法192条申立について」(金融財政事情2010年12月13日号25頁)。

11 高橋洋明＝矢原雅文「『金融商品取引法等の一部を改正する法律』の概要」商事法務1900号11頁、12頁（2010）。

ある。本事案の場合であれば、Y₁社が金商法上の登録を受けずに一般投資者に対する株式等の取得の勧誘を行ったことが必要である。ここで留意すべきことは、株式等の取得の勧誘を「業として」行うことが必要ということである。「業として」とは、反復継続して行う意思をもって行為する¹²ということで、たとえ、過去に行為が反復継続してなくとも、反復継続して行う意思があれば第1回目の行為からでも業として行うことになるかと解されている¹³。また、金商法192条にいう「違反する行為を（略）行おうとする者」の解釈も問題となる。これについては、違反行為をしようとする意思が具体的行動によって外部に発現され、客観的に認知できる状態に至ることを要すると解されている¹⁴。

第二は、緊急の必要性、かつ、公益および投資者保護のため必要かつ適当と認められること、すなわち緊急の必要性要件である。ここで、緊急の必要性とは、手続の迅速性の見地から、違反行為について構成要件に該当するか、該当する行為をしようとしているのであれば、刑事裁判と同様な審査（実質的違法性・有責性審査）を行わなくとも、禁止または停止命令を発することができると解されている¹⁵。次に、公益および投資者保護のため必要かつ適当とは、金融庁、証券監視委等が金商法およびその関係法令から総合的に判断することになるものと思われる。必要かつ適当か否かと判断するのは、一義的には行政庁の自由裁量¹⁶となるが、その判断が「全く事実の基礎を欠き又は社会通念上著しく妥当性を欠くことが明らかである場合に限り、裁量権の濫用があったとして違法¹⁷」となり、必要性の要件を満たさな

12 最一小判昭和28・2・3裁判集刑73号41頁。

13 近藤光男＝吉原和志＝黒沼悦郎『金融商品取引法入門〔第2版〕』（商事法務、2011）387頁。

14 田中誠二＝堀口亘『再全訂コンメンタール証券取引法』（勁草書房、1996）1119頁。

15 神田秀樹監修『注解証券取引法』（有斐閣、1997）1331頁。

16 行政行為の根拠となる要件の充足について行政庁が最終的認定権をもつという「要件裁量」（佐々木惣一『日本行政法論総論』（有斐閣、1924）69頁以下）と、行政行為をするかしないか、するとしてもどの処分をするかの点に裁量の所在を求め、「要件裁量」の考え方を否定する「効果裁量」（美濃部達吉『行政裁判法』（有斐閣、1929）152頁）という二つの問題が論じられていた。要件裁量を認める最高裁判決で参照すべきものとして、懲戒免職処分等取消請求事件（最一小判昭和36・4・27民集15巻4号928頁）がある。最高裁は本事件において、行政庁が判断を行うに当たり、その時点における客観的情勢その他諸般の事情からその事件が行政措置上急を要するかどうか等の点を考慮し、その裁量判断により決することができる旨判示した。（塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕行政法総論』（有斐閣、2009）126頁、128頁）。

17 最大判昭和53・10・4民集32巻7号1223頁（行政判例百選Ⅰ73事件。いわゆるマクリーン事件）。

くなるものと考えられる。

第三は、緊急差止命令以外の他の手段がないこと、すなわち命令の非代替性である。この要件については、緊急差止命令以外の他の手段がないことが必要だとする非代替性必要説と、他の手段があったとしても、緊急差止命令を認めることができるとする非代替性不要説に分かれている。非代替性必要説は、行政庁が自ら行政処分により金商法違反行為を停止させることができる場合には、その方が柔軟かつ早期の対応が可能であるから、金商法の法益実現のため当該違反行為を裁判所の命令により差止める以外に十分な手段が存在しない場合に限られると解している¹⁸。この見解からは緊急停止命令の性格は緊急避難的な行政処分の代替措置となるが、非代替性不要説では、そのような場合にだけ差止めを限定すべきかどうかは別の問題であるとしている¹⁹。この点、金融商品取引業者が行政処分²⁰に違反する場合にも差止めを認めるべきとする見解も有力である²¹。この見解によれば、たとえば、金融商品取引業者が営業停止処分を受けたにもかかわらず営業を継続していたような場合、処分行政庁としては、捜査当局への告発等何らかの措置を取り得るであろうが、そのような場合でも緊急差止命令の申立てを行うことができると解することになると思われる。また、同一の違反事実を理由としてすでに業務停止等の行政処分が下されている場合はともかく、投資者保護のために緊急差止命令が必要と認められるときに、行政処分の可能性を理由に裁判所が差止命令を下さないとしたら、被害の未然防止という緊急差止命令制度の目的を達成できないなど²²を理由に、非代替性を不要とする見解もある。私見も基本的にはこの非代替性不要説の見解を支持するものの、処分行政庁は当該省庁の設置法および個別の法律に基づき、所掌する行政処分について権限と責任がある。したがって、緊急差止命令が常に行政処分に優先するというような解釈は妥当でなく、投資者保護のために両者のバランスが重要であると考ええる。

18 萩原・前掲（注9）20頁。

19 王子田誠「金融商品取引法192条1項に基づき金融商品取引法違反行為の差止めが命じられた事例」金判1367号4頁（2011）。

20 行政処分の事例としては、営業停止処分などが考えられる。

21 神田監修・前掲（注15）1330頁。

22 黒沼悦郎「金融商品取引法192条1項に基づく無登録業者に対する緊急差止命令」判例評論633号（判時2123号）192頁。

4. 緊急差止命令の効果

緊急差止命令の効果を実効的なものにするには、次の二つの事項が重要である。

第一は、差止命令の名宛人である。本決定における差止命令の名宛人は、Y₁社のほかその代表取締役Y₂および取締役Y₃とされている。この名宛人の範囲については、対象となる法人および役員による金商法違反行為の態様・程度、法人と役員との関係等により、個別に判断されることになる²³。法人のほかに個人も名宛人としたのは、法人のみが名宛人の場合、無登録に従事した個人が別の法人を設立して無登録業を継続する場合に、差止命令の効力を及ぼすことができず、差止めの実効性を確保することができないことによるものである。差止命令の名宛人とすべきか否かは、その者によって将来、違反行為が繰り返される蓋然性（差止命令の必要性）を勘案して決定すべきである²⁴。

第二は、差止対象行為である。本決定は、名宛人に対し、適式の登録を受けずに、株券、新株予約権証券又はこれらに表示されるべき権利について、売買、売買の媒介若しくは代理又は募集若しくは私募の取扱いを業として行ってはならないと命じている。ここで、表示されるべき権利についての勧誘行為を差止めの対象としたのは、株券・新株予約権についての証券・証書を発行しないことにより禁止が容易に回避されるのを防ぐためと思われる²⁵。また、本決定は、株券・新株予約権証券の銘柄をたとえばA社などとして特定していない。これはY₁社らが他の銘柄を勧誘するなどの違法行為を繰り返すことを防ぐためであり、妥当である。ただし、本決定による命令では、社債の取得勧誘には禁止が及ばないことから、本件において、有価証券についての禁止を一般的に禁止することはできなかったのかという疑問が提起されている²⁶。裁判所としては、私人の権利を制限する行政行為はその範囲を明確にしておくことが必要という観点から、一般的な禁止としなかったものと考えられるが、Y₁社らに違法行為の潜脱を許しては命令の意味がなくなることになる。したがって、本件のような違反行為には有価証券の勧誘一般を禁止する命令を発することは適法であり²⁷、今後、事案に応じて投資者救済のための実効性ある命令が必要と考える。

緊急差止命令の効果については、裁判所が違反行為の禁止又は停止を命ずるだけ

23 萩原・前掲（注9）23頁。

24 黒沼・前掲（注22）192頁。

25 黒沼・前掲（注22）192頁。

26 黒沼・前掲（注22）193頁。

であり、違反行為の差止めを強制的に履行させる手続きではない。このため、命令の違反者には刑事罰²⁷が科されるという威嚇のみが履行の担保手段となる。緊急差止め命令を受けた個人は、たとえ別法人を設立して違反行為を継続したとしても、当該法人が両罰規定の適用対象になるため、罰金は当該命令を受けた個人に対し絶大な威嚇効果を発揮すると考えられている²⁹。

5. 問題点 一裁判所の命令により差止める以外に十分な手段が存在しないといえるかー

本決定で示された裁判所の命令以外に十分な手段が存在しないといえるのかについては、さまざまな行政手続きを定めた金商法の規定を十分に検討する必要がある。

（1）金商法187条調査および同法26条³⁰調査について

金商法は、資本市場の機能の十全な発揮のため市場参加者に対してさまざまな行為規制を課しており、それに違反した場合には行政処分が下されることになる。この行政処分を下すための判断材料を収集するために認められたのが、金商法187条や26条などの行政調査権限である。金商法187条調査は、具体的な嫌疑に基づく「事件」の事実関係を調べる強制調査³¹であり、一方、同法26条調査は具体的な嫌疑や事件性がなくとも、行政庁が投資者保護上必要と判断すれば行うことのできる行政調査である。

無登録業者は行政処分の対象外であることから、証券監視委において無登録業者

27 黒沼・前掲（注22）193頁。ただし、有価証券の勧誘一般を禁止する場合には、当然ながら申立てが、「株券および新株予約権証券」だけではなく、たとえば「有価証券一般」とすることが必要と考える。

28 3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金、又は併科。法人の場合は両罰規定が適用され3億円以下の罰金。

29 黒沼・前掲（注22）193頁。

30 金商法26条（届出者等に対する報告の聴取及び検査）

「内閣総理大臣は、公益又は投資者保護のため必要かつ適当であると認めるときは、縦覧書類を提出した者若しくは提出すべきであると認められる者若しくは有価証券の引受人その他の関係者若しくは参考人に対し参考となるべき報告若しくは資料の提出を命じ、又は当該職員をしてその者の帳簿書類その他の物件を検査させることができる。」。本条については、平成20年改正で、縦覧書類を提出した者のみならず、提出すべきであると認められる者についても処分対象者であることを明文化した。

31 神田監修・前掲（注15）1301頁、1303頁。

を検査することができなかった。しかしながら、金商法192条申立てを行うため必要があれば、証券監視委は、無登録業者に対し金商法187条調査を行い、関係人もしくは参考人に出頭を命じて意見を聴取し、関係人に対し帳簿書類その他の物件の提出を命じ、銀行調査など関係人の業務や財産の状況を調査することができる³²。したがって、金商法187条調査は、これまで行政庁による検査が及ばなかった金商法違反行為者に対する調査を可能にするものであり、証券監視委が同条調査を実施すれば、それだけでも違反行為者に与える影響は大きく、事実上違反行為の停止をもたらすこともあり得る³³。

したがって、本件においても Y₁社らが無登録業を始めた当初より、本調査権を行使していれば、Y₁社らは違法行為の停止を行っていた可能性があり、それらをしないまま違法行為が継続してしまったのは極めて残念である。

また、前述の甲府地裁決定の事案における A 社のような無届募集については、行政庁は発行者に無届募集の停止や禁止を命ずることはできないとされている³⁴。しかしながら、確かに金商法に無届募集の停止などを命ずる直接の規定は存しないものの、金商法26条は有価証券届出書を提出すべきであると認められる者若しくは有価証券の引受人その他関係者に対し、資料の提出命令、検査権等（以下、「26条命令」という）を認めている。本事案では、A 社が「有価証券届出書を提出すべきと認められる者」であり、Y₁社らが「その他関係者」³⁵になると解され、これら両者に対して26条命令が可能であったものと考えられる。

この26条命令は、法令等に直接根拠のない行政庁の事実行為と異なり、行政行為という公権力の行使であり、これに従わない場合（資料の不提出、虚偽資料の提出や検査妨害等）には刑事罰が課される³⁶もので、実務的にも強力かつ有効な手段で

32 金商法187条調査については、神田監修・前掲（注15）1303頁～1310頁が詳しい。

33 萩原・前掲（注9）25頁。

34 野田耕志「金商法違反行為（無登録業）の差止めが命じられた事例」ジュリ1431号158頁。平成22年12月15日甲府地裁決定。萩原・前掲（注9）24頁。

35 証券取引法研究会（大阪証券取引所調査部）インベストメント23巻6号86頁、87頁（1970）[神崎克郎発言]。本資料提出命令、検査権は、有価証券届出制度の運用に関しその関係法令の具体的な違反行為に関連して行使されること、有価証券届出制度に関する第2章の規定は、証券の募集・売込および証券の投資価値の判断資料の提供としての事実開示を規定するものであることから、「その他の関係人」も証券の募集・売込および証券の投資価値の判断資料の提供としての事実開示に係るものと一般に解しうると考えられるとしている。そして、具体的には証券の売出人、証券の募集、売込に参加する証券会社（金商法では金融商品取引業者となり、本事案では Y₁社に相当しよう）で引受人以外の者、すなわち有価証券の売りさばき人などが挙げられている。

ある³⁷。さらに、無届であれば、発行会社は募集の勧誘を、投資者は発行された有価証券の取得ができないことになると思われるが（金商法4条等）³⁸、本条の検査権を行使してA社やY₁社らの違反行為を指摘・牽制等することにより実質的に無届募集の停止を命じるのと同様の効果がある程度期待できる。

したがって、緊急差止命令を裁判所に求める場合とは、原則として26条命令の発出が時間的な制約等の諸事情により行えず、投資者の被害が目前に差し迫っているような場合³⁹に、司法判断を仰ぎ慎重を期すためにも行うべきであると考ええる。なお、当初から司法判断が求められる場合というのは、行政機関が業者行政等の法律で規制・関与することが一般的に少ないと思われるTOBのようなケースで、たとえば強圧的⁴⁰TOBへの差止めを活用することが考えられている⁴¹。

（2）罪刑法定主義との関係

金融商品取引業者による行為規制の違反のように罰則の付されていない法令違反も、緊急差止命令の対象となり、命令違反があれば罰則が適用される。したがって、金商法198条8号は、罰則の付されていない法令違反を罰則をもって抑止するという機能をも有していることになる⁴²。このような仕組みについては、とりわけ証券市場における違法行為を機動的に抑止していくには、ある程度必要であると考えられるものの、一方で、行政庁の申立てという裁量と裁判所の命令により罰則が新たに定められたのと同様の効果をもたらすことになると考えられるため、罪刑法定主義との関係などを理論的に検討する必要がある。

ただし、このことをもって業者の行為規制違反は緊急差止命令の対象にならない

36 金商法205条。6月以下の懲役若しくは50万円以下の罰金で、緊急差止命令に従わない場合の罰則よりは軽いものとなっている。

37 これまでに発生した多くの金融商品取引法違反事案において、この26条命令が発出されている。平成23年3月23日平成22年度（判）第46号金融商品取引法違反審判事件（www.fsa.go.jp/policy/kachoukin/05/2010/51.pdf）ほか参照。

38 ただし、これらの違反行為の私法上の効果は、当然無効か取消し得べきなのか等の解釈上の問題が残るものと思われる。

39 たとえば、株券代金の払込期日が目前に迫っているなどの場合が考えられる。ただし、一般的に26条命令が緊急差止命令より先になされなければならないと解する必要はなく、最終的にはいずれの命令が投資者保護上、実効性を有するかで判断すべきと考ええる。

40 たとえば、そこでは二段階買収の場合などが想定されている。

41 清原健＝田中亘「MBO・非公開化取引の法律問題〔前〕」ビジネス法務2007年6月号20頁〔清原〕。

42 黒沼・前掲（注22）193頁。

と解する必要はないと考える⁴³。

以上のように、証券市場の違法行為を適時適切に摘発していくために罰則のみに頼ると、どうしても罪刑法定主義との関係の問題が発生してしまうことになる。さらに事後的な罰則に依存することが、投資者の現実的な救済に果たしてどれだけつなげるのかという視点も重要であると考ええる。したがって、罰則のみに依存しない方法、たとえば、行政上の義務履行確保の特別の制度である、①行政的執行としての行政上の強制執行制度、②公表制度等の新たな制度⁴⁴を利用し、違法行為の排除権限を行政庁に与えることが必要であると考ええる。

6. 今後の課題

（１）付随的救済命令（ancillary relief）の必要性

米国では、インジャンクションとともに、利益の吐出し（disgorgement）⁴⁵、管財人の指名などの付随的救済命令（ancillary relief）制度があり、違反者から吐き出された利益は、民事制裁金（civil penalty）とともにプールされ、被害者に分配される⁴⁶。違反行為に対しては、刑事罰のほかに得た利益が吐き出されることになれば、違反者により大きい威嚇効果があり、投資者の救済とともに違反行為の抑止に寄与するものと思われる。このため、わが国においても、この付随的救済命令の制度を整備し、緊急差止命令と併せて運用することが必要であると考え⁴⁷。

（２）適格消費者団体⁴⁸による緊急差止命令の申立てについて

金商法192条は、緊急差止命令の申立権者を、証券監視委等の行政機関に限定し

43 黒沼・前掲（注22）193頁。

44 塩野・前掲（注16）223頁。現在、金融庁において、警告書を発した無登録業者名の公表が行われている（「金融商品取引業者等向けの総合的な監督指針」・前掲（注4））。筆者はさらに、悪質な場合には、裁判所の許可を得て、執行官による無登録業者の営業店舗や事業用設備（電話・インターネット回線、サーバー等）を物理的な強制力により実質的に閉鎖できるような立法も最終的な手段として検討すべきと考える。

45 吐き出し分の金額の決定、および誰がそれを得るかの決定の両面において、裁判所が相当な裁量権を行使する（ルイ・ロス『現代米国証券取引法』（商事法務、1989）1260頁）。

46 黒沼・前掲（注22）193頁。

47 利益の吐出しの制度で、吐き出された利益が被害者に分配されたとしても、被害者の損害については別途賠償請求ができる制度とすべきであろう。

48 消費者全体の利益擁護のために差止請求権を適切に行使することができる適格性を備えているとして、内閣総理大臣の認定を受けた団体。消費者契約法2条4項で定められている。

ており、たとえ無登録業によって権利を侵害されるおそれのある者であるといえども、私人による緊急差止命令の申立ては認められていない。これについて、証券監視委等は金商法違反行為に対して法律上の権限と責任を負っていることから、これら行政庁に緊急差止命令の権限を与えるのが当然のことである。しかしながら、これら行政機関以外の者に、一切、命令の申立権を与えないというのが果たして妥当なのかどうかは検討の必要がある。

現在わが国には、消費者契約法に基づく「消費者団体訴訟制度」があり、消費者契約法等に違反する事業者の不当行為に対する差止請求を行うことができるようになってきている。このため、この制度を利用することにより、たとえば無登録業により権利を侵害されるおそれのある投資者の利益擁護を図ることを目的として、以下の二つの理由から適格消費者団体に申立権を与えること⁴⁹も検討されてよいと考える。

第一は、行政の不作为に対する牽制である。緊急差止命令を裁判所に申立てるか否かは行政庁の裁量であり、違反行為があるにもかかわらず、状況によっては行政庁による命令が申立てられないことも考えられる⁵⁰。特に、新しいタイプの違法行為がなされた場合、それが金融庁、経済産業省、消費者庁などの所管をまたぐことも考えられ、各省庁間の調整に時間がかかり適時適切な申立てがなされない可能性がある。また、前例のない事案については行政当局の対応に時間を要し、結果として被害を拡大させてしまうことも考えられる。このような場合には、被害者から苦情等の情報が集まり、いわばその権利を代弁できる適格消費者団体であれば、専門的かつ組織的な対応が可能であり、早期の申立てを行うインセンティブもある。さらには、行政機関以外に申立権を認めておくことで、行政庁に対し違法行為の放置、適時適切な権限の不行使といった行政の不作为に対する牽制にもなると考える。

第二は、行政の補完的役割である。いかなる行政機関もその人員・予算は限られたものであり、すべての違反行為に対応するのは現実的に不可能である。このため、適格消費者団体に申立権を付与しておくことにより、行政庁が早期に気づかない場

49 このような申立権を付与するについては、裁判所への担保提供をどのようにするのか等の検討も別途必要になってくるものと思われる。

50 最近発生した投資顧問業者の AIJ 事件では、「行政機関が規制緩和で踏み込んだ指導や監督をしなくなったほか、投資顧問業者の数が増加して、当局の目が行き届きにくくなった。」旨の指摘がなされている。（日本経済新聞 2012年3月1日 朝刊4頁）。事案によっては、行政庁が適時適切な検査権限等を行行使しないことも十分に考えられる。

合や他の案件で迅速な対応が困難な場合などに、違法行為事案の早期発見や被害者の迅速な救済につながり、行政の補完的役割を期待できる。ただし、問題点として適格消費者団体は、行政機関のような調査権もないほか、わが国には米国民事訴訟におけるディスカバリー（discovery）のような制度がないことから、申立てに必要な情報を自ら収集することができない。しかし、適格消費者団体は、違反行為者と相対して有価証券の購入等を行っている投資者からの情報等により、違反者の行為態様、契約内容等を熟知している。このため、投資者らの権利が侵害されるおそれがある場合には申立てを行う利益が適格消費者団体に認められるべきである。そして投資者および適格消費者団体が知り得ない違反者等の状況については、米国のような行政庁が蒐集した証拠を私人が利用するという形で、直接に、私的請求権の実現に援助を与えるという制度⁵¹を参考に、証券監視委などが調査した事実等を利用できる制度の検討も必要になってくると考える。

〈参考文献〉

本文中のもののほかに、

「抜かれた伝家の宝刀とみえてきた問題点」商事法務1918号58頁「スクランブル」（2010）。

大森泰人「差止命令」金融法務事情1914号26頁（2011）。

川口恭弘「金融商品取引法192条1項に基づく緊急停止命令」私法判例リマークス44号78頁（2012）

を参照。

（筑波大学大学院ビジネス科学研究科企業科学専攻）

51 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1987）90頁、91頁。米国では、行政庁がまず訴訟を提起して自己の蒐集した証拠を裁判所に持出し、その後でその証拠を利用して私人が訴えるというやり方がある。SEC v. Texas Gulf Sulfur Co., 401 F. 2d 833 (2d Cir. 1968), *cert.denied*, 394 U.S. 976 (1969) などがその例として挙げられている。